

præscripta, & quedam singularia in testamento cæci, ut fraus omnis, cuius hic major metus, evitetur, constituta sunt lege illa Justinique hic commemoratur, & extat l. 8. C. hoc tit. Sententia legis est, ut cæcus heredem nuncupaturus (ineptum putavi monere cæcum non aliter quam per nuncupationem testari posse) præter numerum testium ordinarium adhibeat & tabularium, aut si tabularii copia non sit, alium octavum testem qui voluntatem nuncupantis scripturâ excipiat, cui deinde testes omnes & tabularius subscribant, eamque obsignent, uti fit in testamentis scriptis; aut si prius testamentum suum scripserit compræhendi curavit, ut tabularius coram testibus eam scripturam palam legat, eaque lecta cæcus testetur hanc suam voluntatem esse; deinde omnes subscribant & signent. Ubi hæc singularia notanda. (1) Quod non sufficit voluntatis nuncupatio, nisi & scriptura accedat. (2) Adhibito octavo testis qui testamentum scribat, aut antea scriptum recitet. (3) Quod is testis debeat esse tabularius publicus si ejus copia est. (4) Omnium subscriptio & subsignatio. VINN. Legim Imp. Justinique qua solemnitas in cæci testamento observanda cavebatur, confirmavit l. 14. tit. 1. Part. 6. sed huic derogavit l. 3. Tauri 2. tit. 4. lib. 5. Recop. qua decisum est in testamento cæci quinque omnino testes intervenire debere. Itaque testamentum cæci iisdem solemnitatibus perficitur jure nostro ac cetera testamentum nuncupativa conficiuntur, præterquamquod quinque testes semper requirunt quod persæpe observavit Michael de Cifuentes ad d. l. Tauri, & Gregor. Lopez Gloss. 4. ad d. l. 14. tit. 1. Part. 6. ADDIT.

TEXTUS.

De eo qui est apud hostes.

5. Ejus qui apud hostes est testamentum quod ibi fecit non valet, quamvis redierit. Sed quod dum in civitate fuerat fecit, sive redierit valet jure postliminii, sive illic decesserit valet ex lege Cornelia.

L. 6. tit. 29. Part. 2.

COMMENTARIUS.

1. Etsi testamentum apud hostes factum jure postliminii non convalescat, codicillos tamen ibi factos convalescere.

2. Hodie in orbe Christiano hujus §. aum non esse, præterquam, secundum quosdam, ut qui à Turcis &c. capti fuerit.

Q. Uod apud hostes est] L. 8. hoc tit. Ratio manifesta est, quia captus jure belli servus fit hostium; ut autem testamentum consistat necesse est testatorem jus testandi habere cum testamentum facit; nec postliminio vitatur regula Catoniana. Sed nec obides, nisi eis permittatur, testamentum facere possunt, quia velut pignoris jure tenentur, & fiscus eorum bona occupat, l. 1. hoc tit. l. 31. de jur. fisc. Qui autem à prædonibus capiuntur, quia liberi manent, l. 19. §. 2. de capt. & postl. testamenti fæctionem retinentur ut & illi qui apud exteros legatione funguntur, l. 11. in pr. & §. 1. hoc tit. & ibi Cujac. Add. Grass. §. testamentum q. 25. Vasq. 3. contr. 103. n. 1. VINN. Immo & capti in bellis civilibus, l. 21. §. 1. ff. de capt. & postl. Hi enim non fiebant servi, sed prescribentur, quod est inventum Sullæ. Vellej. lib. 11. 28. HEN.

1. Sed quod dum in civitate est.] Testamentum autem captivitate recte factum, est irritum si captivitate, & fæctione tamen juris sustinetur. Est autem duplex in hac re fæctio: postliminii & legis Corneliæ, l. 6. §. pen. de injust. rapt. test. illa, si captus redierit locum habet; hæc, si in captivitate decesserit: illa fingit retro in civitate restatorem fuisse; hæc retro in civitate decessisse. Imperatores in l. 9. C. de postlim. rev. inconsiderate tribuunt legi Corneliæ quod est juris postliminii. Querat autem aliquis cur cum postliminio reversus fingatur semper in civitate fuisse, & ita habeatur ac si medio tempore nulla captivitas intercessisset, non convalescat postliminio testamentum quod quis tempore captivitatis fecit? Resp. quia quod non est ante captivitatem, id nec postliminium habere potest. Non obstat, quod codicilli in captivitate scripti ab eo qui in civitate testamentum fecerat, eo reverso jure postliminii convalescant; nam eorum principium & firmamentum jam in civitate constitutum est, nimirum ipsum testamentum quo confirmati sunt, l. 12. §. 5. de capt. & postl. Eadem ratione placuit, si uxor cum marito capta fuerit, eaque in captivitate ex marito enixa sit, etiam liberos ibi natos jus postliminii habere, & reverbos cum parentibus justos liberos esse, l. 25. d. tit. nimirum quia nati sunt ex matrimonio in civitate legitime

con-

contracto. Illud nullius momenti est quod Aretinus monet, esse regulam media tempora non nocere, l. 6. §. 2. l. 49. §. 1. de her. inst. §. 4. Inst. inf. de her. qual. ac proinde videtur supervacuum fæctionem juris postliminii ad testamentum conservanda. Quippe illa definitio ad heredem pertinet, non ad testatorem cuius testamentum amissa civitate stare non potest. Fallitur autem Aretinus dum respondet, procedere regulam si medio tempore status testatoris mutatus non fuerit. Error hic perspicuus est, d. l. 6. §. 2. & statim mutato, quæ, rogo, potest esse dubitandi ratio? Porro non in hac tantum parte juris sed etiam in ceteris omnibus & postliminii & legis Corneliæ fæctio servatur, l. 5. §. 1. d. l. 12. §. 1. l. 16. l. 18. & passim de capt. & postlim. & C. eod. §. 5. sup. quib. mod. jus pat. pot. solvo. Postliminio æquiparatur restitutum capite damnati, l. 6. §. pen. de injust. rapt. test.

Ex lege Corneliæ] L. 12. hoc tit. Hæc lex mortis & captivitatis tempora conjungit: id est, fingit eum qui apud hostes decessit eo tempore quo captus est decessisse civem & familiam habentem. Quo tempore aut quo auctore lata sit non liquet. Quod D. Viglius putat latam esse primo bello Punico ab aliquo ex familia Scipionum conjectura est, nec satis probabilis. VINN. Immo probabilius est legem hæc Cornelianam non aliam esse ac illam Cornelii Sullæ testamentariam,

cujus meminit Cic. in Terr. lib. 1. cap. 42. Et ita Hotomannus quoque videtur. Potuit ea lex & de postliminio aliquid sanxisse; adeoque fortassis culpa vacante Imperatores in l. 9. C. de postl. reversi ubi inconsiderate legi Corneliæ tribuit, ait Vinnius, quod sit jus postliminii. Postliminii sane jus non solum moribus sed & legibus constitutum dicitur, l. 19. ff. de capt. & postlim. HEN.

2. Hodie in orbe Christiano nullus hujus §. usus est nisi in iis qui à Turcis aut id genus aliis Barbaris capti sunt. Nam cum, quod olim tantum obtinebat in bellis civilibus, l. 21. §. 1. de capt. & postlim. nunc inter Christianos consuetudine generali invaluert, ut bello capti servi hostium non fiant sed liberi & cives maneat ac jus sit pretio eos redimere, poterunt etiam dum apud hostes sunt testari, arg. l. 13. hoc tit. Alc. ad l. 118. de verb. sign. Duar. ad tit. qui test. fac. pag. 318. Grass. q. 25. Zypæ not. jur. Belg. de testam. Sande lib. 4. tit. 1. defn. 2. Nonnulli idem jus habere etiam à Turcis captos existimant, Covar. c. peccatum p. 2. §. 11. n. 6. VINN. Ne qua tamen vis, aut metus, invita à captis testamentum extorqueat, forma in iis observanda traditur in d. l. 6. tit. 29. Part. 2. ADDIT. Illud etiam observatur quod transfuga jus testandi non habeat, quoniam jura civium amittit, & hostium numero habetur, l. 5. §. 4. de capt. & postl. Jac. Verwey art. test. c. 4. Sande ubi sup.

TITULUS XIII.

DE EXHEREDATIONE LIBERORUM.

Dig. lib. 28. tit. 2. Cod. lib. 6. tit. 28. & 29. Nov. 115. Part. 6. tit. 7.

Recop. lib. 5. tit. 6.

Ratio ordinis, & argumentum tituli.

Hactenus de personis quibus jure publico potestate testamenti faciendi data aut denegata est; item de modo testandi sive externis testamenti solemnitatibus comparatis ad firmandam testationis fidem. Sequitur tertium, res quas in ipso testamento inseri & caveri oportet ut justum ratumque habeatur, quam intrinsicam testamenti solemnitatem appellare possumus; estque duplex: una communis omnium testatorum, heredis scilicet institutio; altera quorum-

Tom. I.

dam dumtaxat propria, & maxime parentum qui liberos in potestate habent, videlicet eorum liberorum exhereditatio, si ipsi heredes non instituantur: de quo idcirco etiam inter cetera quæ ad ordinanda testamenta necessario desiderantur præcipiendum fuit, l. 30. de lib. & postb. her. inst. vel exher. Existimaverat aliquando Hotomannus inscriptionem hujus tituli corrigendam esse, legendumque, De institutione vel exheredatione liberorum: quod & Wesembæcius tacite securus est. Verum Ccc post-

postea idem Hotomannus ab hac sua sententia recessit. Mihi quidem nulla mutatio necessaria videtur; ceterum si secundum propriam sententiam Hotomanni inscriptio concipiatur, non eo minus proba erit, quod ostendit *in p. d. l. 30.* In præcepto quoque legis disjunctio est: *Pater filium quem in potestate habet aut heredem instituit aut nominatim exheredat.* Exheredare est, eum qui aliqui heres futurus erat ab hereditate repellere; & de solis suis heredibus proprie dicitur, qui nisi removerentur ipso jure heredes existerent, & vivo adhuc patre quodammodo domini existimantur, *l. 11. hoc tit. de extraneis per abusionem.* Jure civilis antiquo non erat in omnibus liberis, etiam is qui in potestate erant & sui heredes, exhereditatio que necessaria, nec omnino idem semper effectus; ruti quoque variabat pro sexu, pro gradu, pro nati jam liberi aut nondum nati essent tempore facti testamenti; que omnia diligenter hic Imperator exsequitur; deinde subjicit quid ipse novi juris constituit. Ad extremum agit de præteritione, que vim exheredationis habet. Continet autem hic titulus præcepta magnarum & difficillimarum questionum juris, qua veteris, qua novi & coque diligentem atque accuratam desiderat partium omnium interpretationem.

TEXTUS.

Jus vetus. De liberis in potestate.

Non tamen ut omnino valeat testamentum sufficit hæc observatio quam supra exposuimus, sed qui filium in potestate habet curare debet ut eum heredem instituat, vel exheredem etiam nominatim faciat; & aliqui si eum silentio præterierit insulterit testatur: adeo quidem ut si vivo patre filius mortuus sit, nemo heres ex eo testamento existere possit: quia scilicet ab initio non constituitur testamentum. Sed non ita de filiabus & aliis per virilem sexum descendentibus viriisque sexus Antiquitatis fuerat observatum; sed si non fuerant scripti heredes scriptæque, vel exheredati exheredatæque, testamentum quidem non informabatur, jus tamen accrescendi eis ad eam portionem præterabatur. Sed nec nominatim eas personas exheredare parentibus necesse erat, sed licebat inter ceteros hoc facere. Nominatim autem qui exheredari videretur sive ita exheredetur: Titius filius meus exheres esto; sive ita: Filius meus

exheres esto, non adjecto proprio nomine, scilicet si alius filius non exest.

LL. 3. & 10. tit. 7. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1. Filio qui in potestate est præterito testamentum jure civili prorsus inutile & nullius momenti esse; ac quatuor consuetudina inde deducit.
2. Filia & nepotibus ex filia præteritis jure antiquo testamentum substituit; dato his jure accrescendi scriptis heredibus.
3. Ad quam portionem hæ personæ præterite scriptis heredibus accrescerent.
4. An eas præteritis ad honorum possessionem contra tabulas prætor admiserit.
5. Filiam & nepotes ex filio exheredatos, licet non nominatim, neque jure accrescendi habuisse, neque à Prætor ad contra tab. bon. possessionem vocatos, modo ceteræ leges exheredationis observatæ fuissent.
6. An testamentum in quo filius præteritus est prorsus inutile sit & jure prætorio.
7. Filio præterito se abintente prætorum habere rationem testamenti, etiam cum extranei instituti sunt.

1. Refertur hic differentia que in re proposita olim observabatur in sexu & gradu liberorum jam natorum. Meliore ceteris jure erat filius in potestate constitutus: siquidem hic solus à patre necessario aut heres instituendus aut exheredandus erat ut testamentum subsisteret, quod aliqui jure civili prorsus inutile erat & nullius momenti, *l. 30. hoc tit. l. 17. de injur. rupt. test. & hoc text.* Huic autem juri consequens est, (1) quod etiam hic expressit Justinianus, ex tali testamento heredem non posse existere, etiamsi filius præteritus vivo adhuc patre decesserit, propter regulam Cætonianam que sic definit: *Quæ institutio inutilis foret si statim post testamentum factum decessisset testator, ea non debet ideo valere quia diutius vixerit, l. 1. de reg. cat. l. pen. de reg. jur. §. 12. Inst. inf. de leg. & generaliter quod initio vitiosum esse non potest tractu temporis convalescere, l. 29. de reg. jur. §. 2. Inst. inf. de inut. stip. (2) Per hujusmodi testamentum non rumpi id quod antea à patre legitime factum est, *l. 7. hoc tit. §. 2. & pen. Inst. inf. quib. mod. test. inf. (1)* Non sustineri hoc testamentum ob id quod pater filio legatum*

DE EXHEREDATIONE LIBERORUM.

quantumvis amplum reliquerit: nam utrum filius præteritus sit necne non ex legati datione sed ex institutione aut exheredatione æstimatur; præteritque omnes in hac materia habentur qui neque heredes instituti neque ut oportet exheredati sunt, §. 12. *Inst. inf. de her. ab int. (4)* Quod etiamsi filius vel ante testamentum vel in ipso testamento præteritioni consenserit nihil tamen magis subsistere possit. Verum enim non est quod Clar. §. *testamentum quest. 43. n. 3.* existimat, jus hoc ob solum favorem filii constitutum esse, cui ille renuntiare possit. Immo forma patrum testamenti jure publico præscripta id modis omnibus exigebat: quod jus privatorum consensu mutari non potest, *l. 3. hoc tit. junct. l. 38. de pact. cum similib. Vid. tamen Ant. Fabr. Cod. suo de lib. prat. definit. 6. Christian. vol. 4. decim. 19. n. 4.*

Exheredem eum nominatim faciat Non quævis exhereditatio summovebat liberos ab hereditate patris, sed quæ rite facta esset; non rite exhereditati pro præteritis habebantur, *l. 8. §. 2. cont. tabb. In ritu autem discrimen non faciebat sexus aut gradus, nisi quod hoc proprie in filio observandum erat ut nominatim exheredaretur, quod in reliquis non erat necessarium ut statim audiemus. Cic. lib. 1. de orat. cap. 38. Quem pater neque heredem neque exheredem scripsit nominatim VINN. Ex hoc loco patet jam Ciceronis ævo ab usu quodammodo recessisse promiscuam illam exheredandi præteritumque liberos libertatem, quæ olim ante & post XII. tabb. competebar. Vid. l. 1. ff. de lib. & post. Liv. lib. 1. cap. 34. Add. vir. cl. Schulding. Jurisp. vet. anteq. Jur. p. 638. HELM.*

2. Sed non ita in filiabus & aliis per virilem sexum descendentibus] Non uti olim filio, ita & filia aut nepote neptæ ex filio (ex filia nati huc non pertinet, §. ult. *inf. hoc tit.*) præteritis testamentum inutile erat; sed firmo manente testamento jus accrescendi ad certam portionem his dabatur, ut quasi & ipsi scripti scriptæque essent numerum heredum augerent, *ult. C. hoc tit. Ulp. in fragm. tit. 22. §. 12. 15. & 16.* Accrescebant autem hæ personæ hereditatis accrescendo iis auferant; ut longe diversum hoc jus fuerit ab eo jure accrescendi quo res accrescunt, quod fit cum emolumento, cum scilicet non potentiam partem accrescunt potentibus, seu portio omnia portiones agnate: de quo volente Deo tractabimus §. 8. *Inst. inf. de legat.*

3. Ad quam partem heredibus institutis accreverint docet Ulp. *d. l. 22. §. 14. Scriptis inquit, heredibus accrescent, suis quidem heredibus in partem virilem, extraneis in partem dimidiam; atque ita quoque Gajus in Inst. lib. 2. tit. 3. §. 1. & Theop. hic. Et notandum est, ita jus fuisse non tantum cum soli aut sui aut extranei scripti essent, sed etiam cum permixtum. Finge extraneum una cum filio æquis partibus heredem institutum, hic filia si præterita erat singulis accrescebat ad virilem. Quod si plures extranei pluresque sui scripti fuerant, extraneis accrescebat ad dimidiam, suis ad virilem. Item si duo filii, unus extraneus, huic ad semissem, illis ad orientem; atque ita ex accidentibus eveniebat ut plus consequeretur filia præterita quam filius aut filii instituti: quod aperte ostendit locus Pauli *l. sent. 4.* ubi ita scribit: *Filio & extraneo æquis partibus heredibus instituti, si præterita accrescat, tantum suo avocabit quantum extraneo. Si vero duo sint filii instituti, suis tertiam, extraneis dimidiam tollit.**

4. Cum iugis filiabus & nepotibus ex filio præteritis hoc remedium consulit fuerit jure civili, quæritur an etiam eo omnis bonorum possessionem contra tabulas petentes admiserit prætor. Et D. Bachovius putat magis esse ut prætor eos excluderet: quod perspicue falsum est. Etenim prætorum nihil aliud considerasse legimus, quam an liberi præteriti essent an exheredati; summoque exheredatis præteritis omnes insuper habito discrimine sexus & gradus admisisse, *l. 1. in pr. & §. 1. de bon. poss. cont. tabb. junct. l. 2. sec. tabb. Quod & Justinianus significat §. 5. *inf. hoc tit.* cum ait, prætores in dandis bonorum possessionibus jus successione ab intestato, quod liberi omnes sine discrimine sexus aut gradus ex lege XII. tabb. habent, securos. Sed quid argumentis opus est? Textus est apertus in *l. ult. circa pr. C. hoc tit.* verba sunt: *Ex prætorum autem habebat (filia præterita) contra tabulas bonorum possessionem in totum; & iterum paulo post: Cum enim per contra tabulas bonorum possessionem vel jus accrescendi, semissem substantia filia præterita accipiebat &c.* Ait autem nunc semissem, quia ante dixerat constitutione Antonii beneficium prætoris coarctatum fuisse ad quantum portionis quam jure civili filia præterite accipiebat scriptis heredibus accrescentes. At cum filius præteritus testamentum valere non patiebatur, filia & nati ex filio non rumpebant? Differentiæ rationem subsobscure indicat*

caz Ulp. l. 8. §. 1. de injur. rupt. test. Filia vel nepos, inquit, quia cum emancipantur, una emancipatione exiunt de potestate, testamentum non rumpunt. Quorum verborum hic sensus est, mirandum non esse si jus civile facilius prateriti filiam nepotemve ex filio patiarum quam filium: quippe filium a actiore necessitudine eo jure coustringi cum patre quam filiam aut nepotem cum patre aut avo: id ex eo constare, quod ille tribus denum emancipationibus & manumissionibus, hi una de potestate exiunt. Videbis quia notavimus ad §. 6. sup. quib. mod. jus pat. pot. solv.

5. Licet inter ceteros hoc facere] Græci accepit (indefinite) hoc scilicet modo: Titius filius meus heres esto: ceteri exheredes sunt. Gregor. Naz. in suo testamento, l. 1. de iust. iudic. inquit, ceteri omnes exheredes sunt. Effectus hic erat, ut si exheredati exheredate scriptis hereditas non accrescerent quod, prateritis tribuebatur, nec a pratore ad contra tabulas bonorum possessionem vocarentur, l. 8. cont. tab. in pr. Tantum supererat ut testamentum inofficium dicerent, si nec partem debita portionem accepissent, l. 8. §. 8. ff. de inoff. test. l. ult. C. hoc tit. Ceteras leges exheredationis, ut pure fiat, l. 3. §. 1. cod. junct. l. 18. cont. tab. ut simpliciter, non ex re certa, l. 19. hoc tit. ut ab omnibus gradibus, d. l. 3. §. 2. & seq. cod. vid. D. Perez in Cod. hoc tit. n. 9. & 10. etiam in filiabus & natis ex filio locum habuisse existimo, iisque neglectis non rite exheredationem factam & pro prateritione habitam fuisse. Illud constat, non eo minus exheredationem rite factam ex ratione juris veteris intelligi, & testamentum subsistere quod causa exheredationis testamento expressa non est, cujuscumque generis sint liberi exheredati; ac proinde etiam pratoris beneficium hic cessare, solamque relinquere exheredatis querelam inofficiosis. An vero id a Justiniano mutatum sit Nov. 115. cap. 3. alibi disputabimus.

Si alius filius non extet] Nam si plures sint filii, benigna interpretatione potius a plerisque respondetur nullum exheredatum esse, l. 2. hoc tit. Demonstratio autem ac definitio sufficit quamvis nomen taceatur, aut etiam filium dicere pater pepercit: veluti si ex seia natum dixerit alterve eum descriperit, vel cum convitio l. 3. pro cod. Nam sermo omnis, ut in universum dicam, quo dilucide designatur persona de qua quis loquitur, exheredationem nominatim faciat, arg. l. 34. de

cond. & dem. Summa igitur discriminis quod inter liberos jam natos fuit, hac est: quod praterito filii testamentum infirmabat: quod non nominatim exheredatus pro praterito habebatur; ac ceteri prateriti manente testamento scriptis hereditas accrescebant, & quamvis non nominatim exheredati, tamen si cetera observata essent pro rite exheredatis habebantur. Nondum me hinc abire sinunt Interpretes.

6. Illud prius investigandum est, an ut testamentum in quo filius est prateritus nullum est jure civili, ita quoque vim nullam habeat jure pratorio. Et video maximam partem censere tale testamentum neutro jure subsistere, acque in totum tam jure pratorio quam civili improbari. Cyn. Bald. Castr. in l. 2. C. de bon. poss. cont. tab. Clar. §. testamentum quest. 43. n. 1. Gomez. l. var. reser. C. l. 1. n. 5. quam sententiam prolixè tuerentur Ant. Fab. §. conf. 14. & deced. 37. arr. 5. & 6. Argumentum eorum precipuum est, quod in casu proposito etiam pratorio jure succedatur ab intestato, hoc est, filio praterito deor bonorum possessio unde liberi, l. ult. hoc tit. l. 1. §. ult. si tab. test. null. ext. quasi nec prator hic ulla tabulas agnoscat. Sed verior est sententia Gloss. in d. l. 2. C. cont. tab. quam & Bart. ibid. probat; item D. Vigl. hic. Govean. l. var. lett. 5. Vasq. 3. contro. illustr. 100. & lib. 2. de succ. creat. §. 28. n. 148. & seqq. tale testamentum jure pratorio nullum non esse. Rationes hæ sunt (1) Quoniam filius prateritus recte petit bonorum possessionem contra tabulas, l. 1. de bon. poss. cont. tab. §. 1. Inst. inf. de bon. poss. ut proinde necesse sit tabulas aliquas jure pratorio intelligi. (2) Quia scriptis in eo testamento hereditas datur bonorum possessio secundum tabulas, l. 2. in pr. de bon. poss. rec. tab. ubi prator dicitur hunc ordinem servare, ut primo velit ad liberos prateritos pertinere bonorum possessionem contra tabulas; mox si inde occupata non sit iudicium defuncti sequatur, & scriptos admittat secundum tabulas. (3) Quod in danda bonorum possessione secundum tabulas hoc tantum prator consideret, an testamentum septem testium signis signatum sit, licet solemnia quadam jure civili requisita desint, Ulp. in fragm. tit. 28. §. 6. (4) Quia prator vix majorem suorum quam emancipatorum rationem habet: quod ex eo patet, quod etiam emancipatos insitui aut exheredati jubet, §. 3. inf. hoc tit. & tamen si prateriti sint testamentum jure pratorio subsistit. (5) Huc facit

l. 12. in fin. pr. l. 17. de injur. rupt. test. l. 12. §. 1. de bon. poss. cont. tab. Ad argumentum autem modo propositum commode responderi potest, pratorum ita esse proprii juris auctorem, ut simul etiam sit custos juris civilis, quod etiam sequatur, si quando potentius jus est ejus qui jure civili vocatur. Nec magis absurdum videri debet eo jure dici testamentum valere quo etiam succedatur ab intestato, quam bonorum possessionem & secundum & contra tabulas eodem jure dari. Nimirum non uno modo, nec simul omnibus prator consulit, sed successive; & quia prior ac potentior est conditio liberorum pratoriorum in petenda bonorum possessione contra tabulas, hos prius admittit; quod si illi decesserint aut petere neglexerint, nihil absurdum se facturum putavit si tunc scriptis hereditas daret secundum tabulas. Quin & suos prateritos qui jure civili testamentum nullum dicere possunt admittit ab intestato ex capite unde liberi ut custos & administer juris civilis, l. ult. hoc tit. l. 1. §. ult. unde liberi.

7. Plane si filius prateritus ultro se bonis paternis abnequeat: hic jam faterentur Interpretes, pratorum hujus testamenti rationem habere & scriptis in eo hereditas dare bonorum possessionem secundum tabulas, quamvis subtili juris civilis ratione non eo magis consistat, l. 17. de injur. rupt. test. idque procedit ex sententia majoris partis, si ve scripti sint qui remotio filio rem ab intestato auferre possent sive extranei, teste Claro d. quest. 43. n. 3. Verissima sententia, sed a plerisque aut non intellecta aut non bene explicata. Veram esse ostendunt tum cetera quæ disputavimus, tum evidentissime d. l. 2. in pr. sec. tab. quo loco Jurisconsultus scribit, pratorum vellet, si bonorum possessio contra tabulas a liberis prateritis occupata non sit, eam secundum tabulas reveri ad heredes scriptos sine ulla qualitate eorum distinctione. Ita vero est: prator ut simpliciter scriptis hereditas bonorum possessionem pollicetur, ita petentibus eam denegare non potest sed sæpe accidit ut ea sine re sit & inutilis: tum etiam in modo & effectu haud parum interest extranei scripti sint, an qui amoto filio ab intestato succederent. Etenim sciendum est, bonorum possessionem secundum tabulas aut cum re dari, hoc est cum effectu; ut si quis accepti bona retineat & aut sine re, cum alius jure civili evincere hereditatem possit, Ulp. in fragm. tit. 23. §. 5. & tit. 28.

§. ult. Finge ergo scriptum heredem in petenda bonorum possessione praverisse filium qui prateritus erat: bonorum possessio quam petens a pratore accipit efficitur sine re, sive proximus ab intestato sive extraneus scriptus sit, ubi scilicet filius jure suo uti volet; quippe ejus jus potentius est quam heredis scripti, etiam ipsi pratori. Et ideo ne res sit sine effectu solet fere prator differre secundum tabulas dare, d. l. 2. sec. tab. Finge filium prateritum jure suo non uti, sed hereditate patris abstinere: hic quidem etiam extranei heredes in tabulis scripti secundum eas bonorum possessionem petere possunt; ceterum & hæc sine re futura est si agnati proximi hereditatem jure civili vindicabunt ab intestato, Ulp. d. tit. 23. §. 5. Verum enim est eo jure testamentum nullum esse. Sed & pratorum existimo proximos hic pralaturum ex edictis Unde legitimi & Unde cognati. Quapropter rarissime & uno dumtaxat casu fit ut extranei bonorum possessionem cum re consequantur, si videlicet proximi ab intestato suo jure uti nolent: que causa est quod in hac disputatione conditio additur in fin. pr. d. l. 12. de injur. rupt. test. si bonorum possessio data fuerit ei qui rem ab intestato auferre possit. Atque ad hunc ferme modum etiam disserit D. Bachov. in §. 6. Inst. inf. quæ mod. test. inf. Ant. Fab. parum hic sibi constat, ut videre est lib. 1. conjuncti. 19. & lib. 9. cap. 14. Vinn. Apud Hispanos testamentum pro filii prateritionem solum rumpitur quoad legitimam filio praterito debitam: cetera capita sicuti & praterita tertio & quinta bonorum partis (que nos mellerationes in tertio & quinto appellamus) firma manent, l. 1. tit. 4. & l. 8. tit. 6. lib. 5. Recop. Azevedus ad d. l. 1. tit. 4. lib. 5. n. 94. & 148. cum 2. seqq. Adde.

TEXTUS.

De Postumis.

1. Postumi quoque liberi vel heredes insitui debent vel exheredari. Et in eo par omnium conditio est, quod & filio postumo & quilibet ex ceteris liberis sive feminini sexus sive masculini praterito, valet quidem testamentum, sed postea agnatione postumi rite postuma rumpitur, & ea ratione totum infirmatur. Ideoque si mulier ex qua postumus aut postuma sperabatur abortum fecerit, nihil impedimento est scriptis hereditibus ad hereditatem ad-

adendum. Sed feminini quidem sexus persona vel nominatio vel inter ceteros exheredari solebant; dum tamen si inter ceteros exheredarentur aliquid ali legaretur, ne viderentur prateritis esse per oblivionem. Masculi vero postumos, id est filii & deinceps, placuit non aliter recte exheredari nisi nominatim exheredarentur, hoc scilicet modo: Quicumque mihi filius genitus fuerit exheres esto.

L. 20. tit. 1. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1. Cur in postumis non distinguatur sexus & gradus quoad necessitatem exheredandi.
2. Cur placeat postumis prateritis testamentum ab initio valere.
3. Quam rationem habeat quod filia postuma inter ceteros non recte exheredabatur absque legato.
4. Quam item, quod nepotes postumi etiam nominatim exheredandi.

Dicitur est de liberis suis heredibus qui tempore testamenti facti jam nati sunt; sequitur de postumis, quo verbo hic intelliguntur omnes qui nondum nati sunt eo tempore quo parens testamentum condidit, quamvis eo adhuc vivo postea nascantur, l. 3. §. 1. l. 12. in pr. de injust. rupt. test. Inter hos & liberos jam natos quadruplex discrimen hic animadvertitur. Primum est, quod postumi prateritis, cuiuscumque gradus aut sexus sint, testamentum ab initio jure consistat, cum praterito filio superstitite testamentum injustum sit & nullum, l. 1. §. d. l. 3. §. 3. de injust. rupt. Secundum, quod postumi omnes sive masculi sive feminæ si heredes non instituantur exheredandi sunt; prateriti agnascendo testamentum rumpunt & totum infirmant; filie autem natae & nepotes ex filio prateriti non rumpunt, sed scriptis heredibus ad certam portionem accrescunt, ut dictum §. præc. Tertium, quod postumi filiiab inter ceteros exheredatis pater aliquid legare cogitur, jam natis non item. Quartum, quod postumi masculi non tantum primi gradus sed etiam inferiorum nominatim exheredandi sunt; quod non est necesse in nepotibus temporis testamenti natis.

1. Valet quidem testamentum, sed postea agnitione rumpitur. In hoc cervitur differentia filii postumi prateriti & jam nati, qui prateritis testamentum subsistere non patitur;

item filiatum nepotumque postumorum & superstitium, qui prateriti testamentum non rumpunt, l. 8. §. 1. de injust. rupt. Gajus tit. 2. Inst. tit. 3. §. 2. Cur veto sexus & gradus non æque in postumis distinguatur ut in liberis natis, placetque non minus agnatione filie postumæ praterite aut nepotis quam filii testamentum rumpi? Nimirum cum benignè atque humaniter, quoad fieri potest, de parentum in liberos voluntate sentiendum sit: judicantur Consuli testatorem vel ignorasse conceptionem, vel conceptum & nondum editum per oblivionem praterisse. Ad hæc, incertum est filius in utero sit an filia.

2. Abortum feceris. Hinc petenda ratio cur postumo praterito placet testamentum ab initio valere: nimirum quia fieri potest ut non nascatur, abortum faciente muliere ex qua sperabatur, l. 2. C. de post. ber. Atque hæcenus ergo nec pro nato habetur; frustraque obijciatur, eum qui in utero est quoties de comodo ejus agitur pro eo qui in rebus humanis sit haberi, l. 7. l. pen. de stat. bon. nullum enim hic incommodum sentit, cum statim ut editus est testamentum rumpat; & regula ista sic temperanda est, si modo postea nascatur; tunc enim fictione juris nativitas retrahitur. Quamdiu vero quis in utero est proprie nondum homo vel animal est, l. 9. §. 1. ad leg. Falc. sed spes tantum animantis, l. 2. de mort. inf. nec in potestate patris antequam nascatur, l. ult. de collat. ac proinde qui mortuus editus est, neque natus neque procreatus videtur, quia nunquam filius appellari potuit, l. 129. de verb. sign. Sed etsi mulier monstruosum aliquid aut prodigiosum enixa sit, placet testamentum non rumpi, l. 3. C. de post. ber. quia liberi non sunt qui contra formam humani generis procreantur, l. 14. de stat. bon.

Sed feminini quidem sexus persone &c.] Quamquam ad necessitatem exheredandi quod attinet par omnium postumorum conditio erat, nec sexus in postumis distinguatur: in forma tamen exheredationis aliqua erat jure antiquo differentia inter mares postumos & feminas; nam illi omnes non nisi nominatim recte exheredabantur, hæc poterant & inter ceteros. Atenim si inter ceteros exheredatæ essent, non aliter rite exhereditatio facta intelligebatur quam si quid eis legatum fuisset, Ulp. in fragm. tit. 23. §. 17.

3. Qua in re etiam elucet insignis differentia filii postumi prateriti & jam nati, qui prateritis testamentum subsistere non patitur;

DE EXHEREDATIONE LIBERORUM.

inter ceteros exheredari poterant; illæ non poterant, ne, ut ait hic Imp. viderentur praterite per oblivionem. Quippe pro postuma dici potest generale clausulam ad eam non pertinere, cum potius præsumendum sit patrem ignorasse eam esse in utero; & ideo ignoratione potius praterisse, quam clausulam illa, inter ceteros, voluisse exheredari; uti semper benignè judicandum est de patrum erga liberos voluntate, quoad facultas fert. De filia autem superstitite quam natam pater novit, dubitari non potest quin pater cogitaverit, & tacite eam comprehenderit sub simplici & indeterminata exheredatione: uti & de postuma cui inter ceteros exheredatæ legatum relinquat, quod præsumtionem oblivionis penitus tollit. Ex his autem quæ modo dicta sunt manifestum esse recte judicare D. Cujacium ad l. 4. hoc tit. de interpolat. principii l. 3. de injust. rupt. & quod Ulp. scripserat: Postumi virilis sexus nominatim exheredandi sunt, Tribonianum, ut inserviret constitutione Justiniani de qua dicendum infra §. 5. sic immutasse: Postumi per virilem sexum descendentes.

Filios & deinceps.] Ceterum est verbo deinceps intelligi nepotes postumos ex filio, & eos quidem solos qui nati sui heredes futuri sunt; nam alii testamentum non rumpunt licet in potestate avi nascantur, puta quorum pater adhuc vivit & in potestate patris sui est, §. reg. l. 13. de injust. rupt. Ait, non aliter recte exheredari nisi nominatim. Igitur nec si legatum adscriptum fuerit valebit, ne in nepote quidem, exheredatio non nominatim sed inter ceteros facta. Atque hic jam notandum, primo diversum jus hac in parte observatum fuisse in nepotibus nascituris & natis. Etenim natos jam nepotes non tantum nominatim sed inter ceteros quoque exheredare licebat, quin & salvo testamento praterire; ejusdemque omnino conditionis erant ejus & superstitis filie, §. præc. Ulp. d. tit. 22. Nepotes autem postumi utriusque meliore: quippe qui non modo non prateriri, sed nec inter ceteros tuto poterant exheredari.

4. Quæ juris varietas non aliam rationem habet quam eam quæ modo dicta est, filiam postumam à nata separare. Diòde notanda etiam differentia inter postumes nepotes & postumas filias, quæ inter ceteros recte exheredabantur, utique legato honoratæ; cum nepotes postumi exhereditatio nominatim faciendæ esset, nec sufficeret inter

ceteros exheredato legatum adscripsisse. At enim iniquis, cum nepotes nati eodem jure cum filiabus natis uterentur, cur non similiter placuit nascituris eodem jure uti quo utebantur filie nascituræ, Jason aperte, & cum eo tacite Viglius farentur, se hujus rei rationem ignorare; & sane, quod D. Hermannus putat, ubi legatum adscriptum est, non potest esse locus benignæ præsumtionis de alia voluntate patris, quasi hunc postumum nepotem non tam excludere voluisse videri debeat quam per errorem praterisse. Una illa ex pluribus quas assert D. Wesemb. maxime probabilis est, quod etsi legatum avus adjecerit, nisi tamen nominatim postumum nepotem exheredaverit, videri possit & debeat de postuma filia potius nascitura (quæ inter ceteros cum adjectione legati exheredari solita erat) quam de postumo masculo cogitasse, spe propagationis nominis & familiæ suæ: cuiusmodi voluntatis conjecturam non admittit nepotes nati. Quid ergo est quod Ulp. d. tit. 22. §. 18. scribit, nepotes & pronepotes ceterosque masculos postumos præter filium, vel nominatim vel inter ceteros cum adjectione legati exheredandos, sed tutius tamen esse nominatim eos exheredari, atque id observari magis? Nimirum ex ratione juris, quod nepotes & filias fere eadem vult esse conditione, l. 8. §. 1. de injust. rupt. posse & nepotes postumos sic ut filias postumas exheredari; ceterum propter benignam illam quam dixi in dubio voluntatis interpretationem aliud receptum fuisse. VINN. Acutior est ratio hujus discriminis quam adfert vir. cl. Schulting. ad Ulpian. l. c. p. 641. quod jus circa feminas constitutum originem debeat rationibus Voconianis. HEIN.

Quicumque mihi filius.] Positum exempli causa; ne quis ex hoc loco colligat nepotem appellatione filii contineri etiam in re odiosa. Utendum autem necessario generali demonstratione, cum speciali nomine aut signo postumus demonstrari nequeat. At adhuc hodie postumi, & præsertim post Nov. 115. cap. 3. exheredari cum aliquo effectu possint alibi videbimus. VINN. Postumus hodie exheredari nequit, l. 6. tit. 1. Part. 5. quin nec impubes exheredari potest, nisi pubertati proximus sit, id est nisi decimum cum dimidio impleverit annum; nulla enim culpa exheredatione digna in illis esse potest, dist. l. 6. Itaque quicumque de exheredatione postumorum hic traduntur,

TEXTUS.

De quasi postumis.

2. Postumorum autem loco sunt & hi qui in sui heredis locum succedendo quasi agnascendo sunt: parentibus sui heredes; ut ecce, si quis filium & ex eo nepotem nepotem in potestate habeat, quia filius gradu precedit is solus jura sui heredis habet, quamvis nepos quoque & nepos ex eo in eadem potestate sint. Sed si filius ejus vivo eo moriatur, aut qualibet alia ratione exeat de potestate ejus, incipit nepos nepotem in ejus locum succedere, & eo modo jura suorum heredum quasi agnatione nanciscitur. Ne ergo eo modo rumpatur ejus testamentum, sicut ipsum filium vel heredem instituitur vel nominatum exheredare debet, ne non jure faciat testamentum: ita & nepotem nepotem ex filio necesse est vel heredem instituitur vel exheredare, ne forte eo vivo filio mortuo, succedendo in locum ejus nepos nepotem quasi agnascendo rumpat testamentum. Idque lege Julia Velleja provisum est, in qua simili exheredationis motus ad similitudinem postumorum demonstratur.

L. 2. tit. 1. Part. 6.

COMMENTARIUS.

- 1 Quasi postumorum varia genera.
- 2 Qui agnascendo, qui succedendo seu quasi agnascendo rumpunt.
- 3 Cur plus tributum nepri quasi postuma quam filie aut nepoti qui tempore testamenti avo proximas sit.
- 4 Jus antiquum circa institutionem & exheredationem postumorum.
- 5 Quid Gaius Atilius circa nepotis postumi institutionem introduxerit.
- 6 Quid lex Velleja permiserit non permissum jure antiquiore.

1. **S**uis religio est scribere postumus, cum Cujac. lib. 3. obs. 4. & in comment. ad l. 29. hoc tit. Illud tamen tenendum est, postumos à Veteribus proprie dici eos qui post mortem patris nascuntur, testibus Ulp. l. 3. §. 1. de injust. test. Varro. lib. 4. Fest. lib. 15. Plutarchus quoque in Sylla scribit, postumos à Romanis appellatos rōs

ὄρεσι τῶν πατρῶν τῶν αὐτῶν γενεῶν (nati post parentum obitum) uti & in Coriolano. Et ideo Græcis interpretibus dicti κληρονομῶντες (in utero geri) quod mortis parentum tempore in utero fuerint. At post legem Juliam Vellejanam qua & alii liberi, iique nati vivo adhuc parente testatore, heredes instituedo aut exheredandi sunt, ne agnascendo aut succedendo testamentum rumpant instar postumorum: coeperunt duo quodammodo esse postumorum genera: unum eorum qui vere & proprie postumi sunt & dicuntur, videlicet qui nascuntur post mortem parentum; aliterum qui improprie & secundum quid, nempe quoad effectum rumpendi testamentum si non sint instituti aut exheredati: quos quasi postumos & postumos Vellejanos appellare postumos. Sed & in his qui post factum testamentum adoptantur, qui in manum conveniunt, in filio qui ex prima secundæque manumissione in potestatem patris revertitur, similitudo quadam agnationis suorum heredum est; & præteriti instar postumorum testamentum rumpunt, Ulp. in fragm. tit. 23. §. 2. Gajus lib. 2. Inst. tit. 3. §. 3. l. 23. hoc tit. junct. §. 1. Inst. inf. quib. mod. test. inf. Est & postumus Cornelianus, qui capto ab hostibus patre natus est in civitate; de quo in l. 15. de injust. rupt. test. l. 22. §. ult. de capt. & post. Ant. Fab. 10. conjunct. 9. & 10. ubi disputat, an hic postumus & Vellejanus dici possit. Descriptus fere ad verbum hic locus est ex Gajo, l. 13. de injust. rupt. test.

2. In sui heredis locum succedendo quasi agnascendo] Nepotes præteriti qui demum post factum testamentum nascuntur patre mortuo, avo testatore superstiti, non succedendo in locum patris & sui heredis sed agnascendo testamentum rumpunt. Nascuntur enim sui heredes, non sunt successione; & ideo pertinent ad caput primum legis Vellejæ, quod Imp. hic non tangit. At illi de quibus hoc loco est in d. l. 13. sermo est, & scilicet qui jam nati sunt quo tempore avus testamentum facit, sed quibus pater & suus heres obstat quominus & ipsi jura sui heredis habeant: illi, inquam, præteriti, si vivo adhuc avo pater eorum suus heres esse desierit, testamentum rumpunt succedendo: hoc est, subeundo locum patris prædefuncti aut emancipati; non agnascendo (quoniam, agnascendo proprie dici non possunt qui ante testamentum nati sunt) sed quasi agnascendo, propterea quod successione in locum sui heredis sui heredes sunt: nimirum quemadmodum

dam velut postumus aut postumi loco haberetur qui in jus sui heredis succedit, ita & successio ejus velut quædam agnatio.

Quia filius gradu precedit] Fieri potest non in persona filii sed in persona nepotis ut in avi potestate sit nec tamen inter suos heredes numeretur, eo quod pater eum in causa successione præcedat, neque enim ad hoc ut quis jus sui heredis habeat sufficit in potestate esse, nisi simul proximum à defuncto gradum obtineat, hoc est, nemo enim in suo ordine antecedit, §. 2. Inst. inf. de her. qual. & diff. §. 2. Inst. inf. de her. qua ab int. Et ideo nepos quem pater præcedit nec exheredari ab avo debet, sed firmum manet avi testamentum in quo hic nepos præteritus est, si vivo filio & in eodem statu manente avus decesserit, l. 6. in pr. de injust. rupt. l. 7. unde lib.

Sed si filius vivo eo moriatur] Filio de familia sublato statim nepos ex eo in locum & gradum ejus succedit, atque ita succedendo in familia sui avi jus sui heredis quasi agnatione nanciscitur: quapropter si eo se tempore præteritum deprehendat, exemplo postumi testamentum rumpit. Unde qui filium atque ex eo nepotem in potestate habet, ei, si omnino secure testari velit, necesse est etiam hunc nepotem similiter ut filium heredem instituitur vel exheredare; alioqui si contingat filium vivente adhuc patre suo mori aliave ratione de familia exire, nepos mox patris locum occupans testamentum rumpet.

3. Ita & nepotem nepotem ex filio] Plus igitur tributum huic nepi quam filie, quæ præterita jure antiquo testamentum non rumpit, sup. in pr. huj. tit. Hoc ne cui mirum videatur animadvertendum est, agi hic de nepote quam pater tempore facti testamenti præcedebat, & quæ postea in illius sublato loco succedit instar postumæ. Itaque quod juris erat in filia postumæ, ut præterita testamentum rumpere, id producendum erat ad hanc nepem, quasi postumam, simili conjectura pietatis: quippe quam, ut credi par est, heredem avus fecisset si tempore testamenti primum ab eo gradum obtinisset. Eademque ratio est cur nepis hæc meliore etiam conditione sit quam nepos qui tempore testamenti avo proximus est. Quod cum non animadverteret D. Viglius, credidit, in pr. huj. tit. jus antiquum referri, quod postea lex Velleja abrogaverit: insigni & manifesto errore. Illud quoque notandum, quod

particula nominativum quæ in propositione hujus comparationis exprimitur, non repetitur in redditione, ut nec in d. l. 13. de injust. rupt. Id quod consulto factum est, ut intelligamus, nepem quidem cum filio comparari in exheredatione quod ad necessitatem; ac non in qualitate aut modo exheredandi: Etenim cum nepis ex filio ascendens in locum patris aratur jure postumæ, sufficere debet indefinite eam exheredari, utique cum adjunctione legati: quandoquidem non plus juris habet filia postumæ. Enimvero nepotem, quem postumi jure ut placuit, eidem forma qua filium exheredandum esse arguunt quæ Imperator dixit in calce §. præc.

Lex Julia Velleja provisum est] Legis hujus duo præcipua capita fuisse docet nos Scævola l. 29. §. 11. & leg. hoc tit. quorum uno permissum fuit institui postumos etiam alienos dummodo sui nascerentur, licet vivo adhuc testatore: altero cautum, ne nepotes in locum sui heredis succedentes testamentum rumpent in quo ipsi instituti essent vel exheredati: cujus posterioris capituli explicatio à Justiniano hoc loco tradita est verbis Gaji in l. 13. de injust. rupt. test. Nihil adhuc intelligimus, nisi sciamus cur in eas res lata fuerit lex Velleja, & quid ea permiserit non permissum jure antiquiore. Exponam autem paucis quid in re obscura sentiam.

4. Cum lege XII. tabb. ita cautum esset: Uti quisque legasset suæ rei ita jus esto, l. 120. de verb. sign. hæc legis verba, uti legasset, sic Prudentes interpretati sunt, uti quisque certo consilio ac judicio statuerit decreverit aut imperaverit quid de re pecuniarie sua post mortem suam fieri velit. Absurdum enim visum fuit eam testatoris voluntatem jus facere aut ratam haberi quæ nec consilio nec judicio certo regeretur. Hiæc ex sententia legis persona incerta, hoc est, quam incerta opinione animo suo testator subiciebat, neque heres institui neque legatum ex testamento capere poterat, §. 25. Inst. inf. de legat. Ulp. in fragm. tit. 22. §. 3. ubi & eandem hanc ejus rei rationem reddit, quoniam certum esse debet consilium testantis. His porro consequens est, nec eum qui in utero est ex ejusdem legis sententia heredem potuisse institui, utpote qui & ipse persona incerta habebatur, aut ut Theop. his loquitur §. 26. Inst. inf. de legat. hæc rōs incertus negotiorum (similis est incerti personis): propterea, credo, quod incertum est an nasciturus

aliquando sit necne: masculus an feminus: unus an plures nasciturus. Et quamquam quod ad legitimas hereditates postumum quoque jam nato semper habitus est, *l. pen. de stat. hom.* id tamen ob rationem quam diximus non obtinebat in hereditate testamentaria. Cum igitur ea ratione eveniret, ut sive institutus sive exheredatus sive prateritus esset is postumus qui suus heres testatoris nasciturus erat testamentum agnascendo rumperet, & in totum voluntatem testatoris everteret: paulatim disputatione fori introductum ad conservanda suprema hominum judicia, ut & in testamentaria successione postumi sui, hoc est, qui si tempore testamenti nascerentur inter suos heredes futuri & prateriti testamentum omnimodo rupturi essent, pro natis haberentur, institutioque exheredari possent: quod Gajus quodammodo significat *lib. 2. Inst. iur. tit. 3. §. 3.* ubi de institutione & exheredatione postumorum agens ait, in ea etiam re legitime conceptos pro natis haberi. In alieno postumo nihil visum cur a ratione juris veteris recederetur: quippe juris institutio necessaria non est, cum natus testamentum nunquam rumpat.

5. At enimvero quia fieri potest ut qui tempore testamenti alienus est suus tamen nascatur, atque ita rumpat, (nam cum quaeritur an testamentum agnatione rumpatur non conceptionis tempus sed nativitas inspicitur): Gallus Aquilius induxit (non legem ferens, ut perperam Viglius, sed quod nemo ante eum observaverat ostendens) posse etiam eos postumos, & nimirum nepotes qui testamenti quidem tempore alieni sunt, subdugo autem patre sui heredes avo nascerentur, heredes institui sine fraude ejus juris quod placebat postumos alienos heredes institui non posse. Quam in rem concepit hujuscemodi formulam: *Filius meus heres esto. Si filius meus vivo me morietur: tunc si quis mihi ex eo nepos post mortem meam in decem mensibus proximis quibus filius meus moreretur natus erit, heres esto, l. 29. hoc tit.* Dices, nepotem hic institutum esse postumum alienum, Fatebor, si simpliciter consideretur ut postumus: quia si tempore testamenti facti nasceretur non esset suus heres avo testatori. Negabo, si ut postumus Aquilianus, sive eo modo quo à Gallo instituitur, qui institutionem hujus nepotis confert in id tempus quo suus erit: ea vis est articuli *tunc*, quod temporis extremitatem significat, *l. 4. §. 1. de cond. & dem.* Hoc igitur modo conside-

ratus non alienus sed suus est, & salva ratione juris veteris juxta formulam Aquilianam instituitur. Adhuc postumi vivo testatore nati institutio inutilis erat. Etenim cum ut postumos heredes instituire liceret eatenus dumtaxat receptum esset quatenus testamentorum favor & necessitas postulabat: eorum qui vivo testatore nascuntur institutio non videbatur necessaria, Quamvis enim & ipsi non eo minus testamentum rumpant: licebat tamen testatori aliud testamentum condere & rei suae de integro prospicere. Postremo neque nepotis quem filius precedebat nati ante testamentum factum institutio efficiebat quominus in patris remore locum postea succedens testamentum rumpere: fortassis quia visum est non sufficere institutum esse tamquam extraneum cum qui tempore mortis testatoris reperitur suus.

6. Tandem etiam in istis omnibus testamentorum securitati prospectum est lege Julia Velleja: cujus legis, ut ante quoque diximus, duo capita fuerunt: quorum primo permittitur eorum postumorum institutio qui vivis nobis sui nascituri sunt, ut etiam pae institui possint; capite altero cavetur, ne nepotes jam nati tempore testamenti facti succedentes vivo testatore in locum sui heredis testamentum rumpant in quo ipsi sunt instituti aut exheredati, *d. l. 29. §. 11. cum seq. hoc tit.* Plura qui nosse desiderat, adeat commentaria quae in *d. l. extant* doctissimorum hominum Salomonii, Goveani, Cujacii, Duarenii, Alciatii *lib. 3. paradox. c. 2. & seqq. Ant. Fabri lib. 9. conject. per tot. & multis capp. lib. 10.* sed nostra haec ut praeulerant. Vixit. Obiter monere visum, hanc legem proprie non dici Juliam Vellejam, ut in hoc §. & apud Ulpian. in *fragm. tit. 22. §. 19.* scriptum reperimus, sed Juniam Vellejam, *l. 10. §. 1. ff. de test. tut. l. 11. ff. de injust. rupt. irr.* Unde auctores sunt Junius Silanus & Vellejus Tutor Coss. quibus & Scrum. Vellejanum tribuitur, *l. 2. §. 1. ff. ad reat. Vell. a. id. laudat. Schulting. ad Ulp. l. c. p. 640. HEIN.*

TEXTUS.

De emancipatis.

3. Emancipatos liberos jure civili neque heredes

re-

redes instituire neque exheredare necesse est: quia non sunt sui heredes. Sed praetor omnes tam feminini sexus quam masculini, si heredes non instituantur exheredari jubet: virilis sexus nominatim, feminini vero inter ceteros; quia si neque heredes instituti fuerint, neque ita (ut diximus) exheredati, promittit eis praetor contra tabulas testamenti bonorum possessionem.

COMMENTARIUS.

1. Emancipatos sub colore quodam suitatis à praetore vocari ad bonorum possessionem.
2. Praetorem in modo exheredandi secutum distinctionem sexus & gradus quam jus civile fecit.
3. Abiuratum non esse, quod filiae emancipatae melioris conditioni jure praetorio fuerint quam non emancipatae jure civili.

Quia non sunt sui heredes] Liberi emancipati exsunt à familia & potestate patris, *§. 6. Inst. sup. quib. mod. jus pat. pot. solvo.* ac sui juris ita effecti propriam familiam habere incipiunt, *l. 195. §. 2. de verb. sign.* Itaque visum quod in familia patris antea habebant amittunt: desunt esse sui heredes & agnati, quos solos ad successionem ab intestato lex vocat propter familiarum conservationem: denique pro alienis & extraneis jure civili habentur, *l. 6. §. 1. de bon. poss. l. 7. de cap. min. §. 3. Inst. inf. de her. qual. §. 9. Inst. inf. de hered. ab int.* Quo posito sequitur nec ullam eo jure patri necessitatem imponi liberos emancipatos vel instituti vel exheredandi, corumque praeteritione testamentum injustum aut nullum non esse.

1. Praetor si heredes non instituantur exheredari jubet] Quamvis jure civili deficiant liberi, qui propter capitis deminutionem, hoc est, emancipationem, deserunt esse sui heredes: tamen praetor naturali aequitate motus, & partim etiam ratione civili (quippe emancipati non minus nati à liberi sunt & masculorum soboles, quod ex parte jus civile considerat, quam non emancipati) rescindit eorum capitis deminutionem, *l. 6. §. 1. de bon. poss. &* si testamento facto praeteriti sunt, pollicetur eis bonorum possessionem contra tabulas, *l. 1. & passim de bon. poss. cont. tabb. &* cum suis quoque heredibus ab intestato eos vocat ad bonorum possessionem unde liberi, *§. 9. Inst. inf. de her. ab int. d. l. 6.*

§. 1. Itaque cum effectu juris emancipati beneficio praetoris tantum consequantur quantum sui (bonorum enim possessio re ipsa & effectu juris ab hereditate nihil differt, *ll. 1. & 2. de bon. poss.*) ideo ait, jubere praetorem emancipatos quoque liberos heredes institui aut exheredari. Et notandum, quod Jurisconsultus in *d. l. 6. §. 1. eod. tit.* ait, praetorem rescindere eorum capitis deminutionem post mortem patris. Ex quo intelligimus emancipatos non simpliciter ut emancipatos sed sub colore quodam suitatis à praetore admitti, quasi de potestate nunquam exissent. Etenim rescissa capitis deminutione, quodammodo in integrum & in pristinum statum restituantur, *Fac. l. 3. §. 5. cont. tabb. & ibi Glossa.*

2. Feminini sexus inter ceteros] Cujac. Hotom. Wesemb. & inter ceteros, quod magis placet: quasi dicat Imperator, vel nominatim, vel inter ceteros; aut, ut Ulp. in *fragm. tit. 20. §. 13. Mascululi nominatim, femininae vel inter ceteros.* Voluit nimirum praetor in modo exheredandi servari differentiam quam in sexu jus civile faciebat; & haud dubie etiam quam idem jus faciebat in gradu, de quo in *pr. hujus tit.* Mellioris tamen conditionis apparet fuisse filias emancipatas jure praetorio, quam erant filiae non emancipatae jure civili: quippe cum illae praeterita testamentum in totum jure praetorio rescinderent, haec non rescinderent, sed salvo testamento ad certam dumtaxat portionem scriptis heredibus jure civili accrescerent.

3. Quod minime absurdum est, licet id existimet D. Bachovius: siquidem filiae quae in potestate erant praeteritae, praeter jus illud accrescendi quod jus civile tribuebat, idem etiam jus habebant jure praetorio quod emancipatae (in quo erravit Bachovius ut supra ostendimus) & testamentum in totum evertebant: quamquam post constitutionem Antonini non plus per bonorum possessionem contra tabulas consequerentur, quam quantum jure civili capiebant per jus accrescendi, *l. ult. circa pr. C. de lib. pret. &* omnino verisimile est, post eam constitutionem nec emancipatas per eandem bonorum possessionem plus accepisse quam accepturae fuissent si mansissent in potestate: quod & Theophilus pro certo tradidit.

Promittit (ita legendum, non permittit, *l. 7. C. comm. de succ. in Basil. ἐκκατάστασις*) eis praetor bonorum possessionem contra tabulas. Testamentum in quo emancipatus praeteritus est, & civili & praetorio jure subsistit: & ideo

Ddd 2

ideo emancipato præterito, prætor non dat bonorum possessionem ab intestato unde liberi, sicut præterito filio qui in potestate est (nam tale testamentum jure civili non consistit); sed rescindit testamentum patris data bonorum possessione contra tabulas, *l. 1. de legat. præter. cont. tabb.* neque aliud remedium emancipati præteriti habent. Cur vero sicut præteritis, qui vel jure civili vel ex edicto unde liberi ab intestato succedere possunt, nihilominus hoc etiam remedium à prætore detur, dicemus suo loco *tit. Inst. de bon. poss.* Quod detur, satis argumenti est tale testamentum jure prætorio non esse nullum; est enim remedium hoc naturâ sua rescissorium; quod autem nullum est rescindi non potest, *l. 5. de injust. rupt. test.* de quo copiosius disseruimus in *pr. hujus tit.*

TEXTUS.

De adoptivis.

4. Adoptivi liberi, quamdiu sunt in potestate patris adoptivi, ejusdem juris habentur cuius sunt iusti nuptii quaesiti. Itaque heredes instituti vel exheredandi sunt secundum ea que de naturalibus exposuimus. Emancipati vero à patre adoptivo neque jure civili neque eo jure quod ad edictum prætoris attinet inter liberos enumerantur. Qua ratione accidit, ut ex diverso, quod ad naturalem parentem attinet, quamdiu quidem sunt in adoptiva familia, extraneorum numero habeantur, ut eos neque heredes instituire neque exheredare necesse sit, cum vero emancipati fuerint ab adoptivo patre, tunc incipiunt in ea causa esse, in qua futuri essent si à naturali patre emancipati suis sent.

L. 20. tit. 1. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1. Inignis error Hotomanni notatus.
2. Jura liberorum adoptivorum emancipatione in totum dissolvit.
3. Adoptati, quamdiu sunt in familia adoptiva, jus liberorum in familia patris naturalis non habent.
4. Emancipati à patre adoptivo jus familie naturalis, quod emancipati beneficio præteriti habent, recipiunt.

Cum adoptio æque liberis adoptatis tribuat jus & nomen filiorumfamil. suorumque

heredum ac natura naturalibus, *l. 1. & passim de adopt. §. 2. Inst. inf. de her. que ab int. l. 5. C. de suis & legit.* cum similib. consequens omnino est, ut & ipsi non minus quam liberi naturales heredes institui debeant ac exheredari; atque ut præteriti idem jus habeant circa parentum testamenta infirmamda quod naturales habent, *l. 1. in pr. contr. tabb.* Naturales autem liberos hic intelligimus eos qui ex iustis nuptiis procreati sunt; sic enim passim in collatione adoptivorum appellantur, ut notavimus ad *pr. supr. de adopt.* Ceterum legitimati quoque appellatione naturalium continentur: quippe quibus eadem jura per omnia data sunt que habent ii qui ab initio ex legitimo matrimonio nati sunt, *d. §. 2. infr. de her. que ab int. Nov. 89.* De his dictum §. ult. *Inst. sup. de nupt.*

Secundum ea que de naturalibus exposuimus] Et igitur filii adoptivi nominatim exheredandi, nepotes & filix vel inter ceteros. Item filio adoptivo præterito aut non rite exheredato testamentum ipso jure nullum est; filia & nepote præteritis firmum manet, sed præteriti institutis hereditas accrescunt ad eam portionem ad quam præteriti filix & nepotes naturales, secundum ea que tradita sunt initio hujus tituli.

1. Dormitavit ergo Hotomannus cum putavit majus jus fuisse filix adoptivæ quam naturalis: quasi illius præterito testamentum rupisset, hujus non rupisset, per *l. 8. in pr. de injust. rupt. test.* Alioqui certe vidisset, Ulpianum loqui eo loci non de præteritione filix quæ jam ante à testatore adoptata fuerat quam testamentum faceret; verum de adoptata vel adrogata demum post factum testamentum: quæ cum utatur jure postumæ, & in postumis sexus non distinguitur quod ad effectum rumpendi attinet, *§. 2. sup. hoc tit.* testamentum rumpit quasi agnatione sui heredis.

2. Emancipati à patre adoptivo neque jure civili &c.] Jura liberorum adoptivorum non diutius durant quam quamdiu constat adoptio: eâ per emancipationem dissoluta nullum amplius jus habent sed penitus extranei sunt patri quondam adoptivo; sive jus civile species, quia desierunt esse sui heredes; sive honorarium, quia & nomen liberorum amiserunt, ut cesset ratio naturalis & æquitas edicti, *l. 4. unde lib. l. 1. §. 6. l. 3. §. 2. cont. tabb.* Et igitur nec testamento factio præteriti contra tabulas admittuntur, *hoc text. & §. 12. inf. de her. que ab int.* nec ad bonorum possessionem unde li-

DE EXHEREDATIONE LIBERORUM.

liberi ab intestato, *l. 1. §. 6. d. l. 4. unde lib. §. 11. & §. 12. Inst. de her. ab int.*

3. Quamdiu sunt in adoptiva familia extraneorum numero] Liberi adoptati quamdiu sunt in familia adoptiva jus liberorum non habent in familia patris naturalis, sed huic interim intelliguntur esse extranei, non tantum jure civili verum etiam eo jure quod pertinet ad edictum prætoris. Etenim prætor abunde eos habere censuit in familia patris adoptivi, cui jure civili succedunt, unde jacturam bonorum patris naturalis sarciant: absurdum autem esse unum atque eundem jus filii cum effectu succedendi obtinere in bonis duorum patrum. Quamobrem qui in adoptiva familia sunt quo tempore naturalis parens moritur, ii præteriti neque jure civili testamentum nullum dicere possunt, nec jure prætorio bonorum possessionem contra tabulas petere, nec quasi liberi ab intestato, *§. 10. cum seqq. Inst. de her. ab int. fac. l. ult. unde lib.* tantum tertio ordine hoc casu admittuntur, ut cognati, *§. 13. d. tit.*

4. Cum emancipati fuerint ab adoptivo patre, tunc incipiunt &c.] Quoniam emancipati à patre adoptivo nihil in ejus familia juris retinent, uti modo relatum est, ne utriusque parentis successione fraudentur voluit prætor eos jus familie recuperare, *d. l. 4. unde lib.* hoc est, eo jure haberi ac si à vero & naturali patre emancipati essent, in quo eo statu semper mansissent, ut nisi heredes instituti aut exheredati fuerint, bonorum possessionem contra tabulas petere possint. Nec interest, utrum qui à naturali parente in adoptionem datus sit, an qui emancipatus ab eo ipse se adrogari siverit, postea iterum à patre adoptivo emancipetur; dum tamen vivo adhuc parente naturali: quod omnino addendum est, *d. §. 10. infr. de her. que ab int. def. VINN.* Hic textus cum *l. 20. tit. 1. part. 6.* quæ adoptivis liberis idem jus ac legitimis tribuit, hodie nullum habere potest usum; non tantum quia adoptiones non frequententur, ut superius diximus, sed etiam quia *par l. 5. tit. 5. lib. 3. & l. 1. tit. 22. lib. 4. for. legg.* quæ ex parte referuntur in *l. 12. tit. 6. lib. 5. Recop.* adoptivi ad classem extraneorum redacti sint; extantibus enim legitimum solum quicquid bonorum pars eis legari potest. ADDIT.

TEXTUS.

Jus novum.

§. Sed hæc quidem veteras introducebant. Not-

era vero constituto inter masculos & feminas in hoc jure nihil interesse existimant, quia utraque persona in hominum procreatione simili natura officio fungitur, & lege antiqua duodecim tabularum omnes similiter ad successionem ab intestato vocabantur, quod & prætores postea secuti esse videntur: ideo simplex ac simile jus & in filius & in filias & in ceteris descendentibus per virilem sexum personis, non solum jam natis sed etiam postumis, introductum: ut omnes sive sui sive emancipati sint, vel heredes instituantur vel nominatim exheredentur; & eundem habeant effectum circa testamentum parentum suorum infirmamda & hereditatem auferendam, quem filii sui vel emancipati habent, sive jam nati sint, sive adhuc in utero constituti postea nati sint. Circa adoptivos autem filios certam induximus divisionem, que in nostra constitutione quam super adoptivis ultimus continetur.

L. 3. tit. 7. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1. Sublatio differentia circa effectum præteritionis & modum exheredationis liberorum, ratione sexus.
2. Eorundem circa eadem exæquatio ratione graduum.
3. Sublatio discriminis quod circa eadem erat in sexu inter postumos.
4. Falli qui putant hoc §. tolli differentiam suorum & emancipatorum.
5. Quid novi circa liberos adoptivos induxerit Justinianus.

Hucusque relatio juris antiqui: sequitur novum introductum constitutione Justiniani, quæ extat *l. ult. C. hoc tit.* qua ille constitutio suscitavit veterem in re de qua disputamus differentiam sexus & gradus liberorum, naturam & postumorum; jussitque omnes sive mares sint sive femine, sive filii sive nepotes, sive jam nati sive adhuc nascituri æquabiliter vel institui vel exheredari, sive de jure civili quæzatur sive de jure prætorio. Triplitem autem hoc loco causam affert quæ motus novum hoc jus constituit, quæ tamen in summa uia est, favor sexus feminei.

Quia utraque persona simili natura officio] Prima ratio introducendi novi juris, quod femine in procreatione liberorum eodem cum masculis officio naturæ fungantur. Et ideo in

consuetudine sua insurgit in auctores istarum differentiarum, quasi naturæ accusatores existant: quæ cur, inquit, non totos masculos generavit, ut unde generentur, non fiant? Ceterum ut demus hoc verum esse, & utique hoc verum est naturam utroque sexu ad conservationem humani generis æqualiter indigere: ratio tamen hæc tanti non est, ut propter eam jus veteris tamquam iniquum mutari deberit. Sane non ideo dicendus est naturam accusare qui masculos à feminis in successione parentum sive testamentaria sive ab intestato secernit; alioqui & ipse naturæ auctor accusandus fuisset, qui filio superstitite à successione patris excludit filiam Num. 27. v. 8. Sunt enim & alia, & maximeque juræ familiæ & agnationis ob quæ meliore conditione mares esse in causa successions quam feminas iniquum non est.

Et lege antiqua 12. tabb. omnes similiter Ratio altera qua argumentantur à successione ab intestato ad testamentariam novi sui juris æquitate commendat. Notum autem est, legem 12. tabb. in successione liberorum ab intestato nullum discrimen in sexu agnoscere, filiasque non minus quam filios ad hereditatem intestati parentis vocare; quin & nepotes nepotæque ex filio qui in potestate sunt, si filius suus heres esse desit, l. 1. §. 2. & 4. de suis & legit. §. 2. & 6. Inst. inf. de her. ab int. & tamen distinctio inter sexum & gradum testamento facta est ex ratione ejusdem legis, arg. l. 8. §. 1. de injust. rupt. test. & certe plus est evertere testamentum, quam jus succedendi ab intestato habere. At, Quod & prætores postea secuti videntur: scilicet in danda bonorum possessione ab intestato; nam testamento facta filibus inter ceteros hereditatis contra tabulas bonorum possessionem nec prætor dedit, non magis quam emancipatis aut filiabus postumis, quibus inter ceteros exhereditatis legatum adscriptum erat, §. 1. & 3. supr. hoc tit. junct. l. 8. in princ. cont. tabb.

1. *Et in filiis & in filiabus & in ceteris non solum jam natis sed etiam postumis* His verbis tollitur tota illa veteris juris differentia circa effectum præteritis & formam exhereditationis quæ præcedentibus §§. ex eo jure relata est. Et primum exquantur liberi in sexu (pertinent autem hæc exquantiones ad utrumque jus prætorium & civile); jubenturque tam filie quam filii, si heredes non instituantur, nominatim exheredari: præteritis aut non nominatim exhereditatis darur idem jus ad infirmandum patris testamentum, quod

filiis sui vel emancipati præteriti aut non nominatim exhereditati, illi jure civili, hi jure prætorio habent. Filiabus igitur quæ in potestate sunt præteritis, jus testamentum nullum dicendi; emancipatis evertendi per bonorum possessionem contra tabulas. Itaque quod in *pr. hujus tit.* ex jure veteri traditum est, filiabus quæ in potestate erant præteritis testamentum non fuisse nullum sed præteritis salvo testamento ad certam portionem accrevisse heredibus scriptis, hic jam abrogatur & testamentum jubetur esse inutile; uti & illud quod eodem loco refertur, potuisse & inter ceteros filias hæc exhereditari, eo scilicet effectu ut & jus civile eas repelleret à jure accrescendi, & prætor à bonorum possessione contra tabulas, l. 8. cont. tabb. nullumque aliud remedium eis superesset præter unum quærelæ inofficiosi, arg. d. l. 8. junct. §. ult. inf. hoc tit. Nunc enim post constitutionem Justiniani exhereditati sunt, dum tamen non nominatim sed inter ceteros, testamentum jure civili non magis subsistit quam si filius inter ceteros exhereditatus sit; patebitque eis ut præteritis etiam prætorium, quod dixi, remedium, cessante quærela inofficiosi testamenti, d. l. 8. §. 2. cont. tabb. junct. §. 2. inf. de inoff. test. Denique & illud quod prætori satis erat ad denegandam filiabus emancipatis bonorum possessionem contra tabulas, si inter ceteros essent exhereditate; nunc enim tamquam præterite à prætore admittendæ sunt instar filiorum emancipatorum, quos non nominatim exhereditatos pro præteritis & olim prætor habuit, §. 3. sup. hoc tit.

2. Secundo tollitur differentia graduum, liberique secundi gradus & inferiorum æquantur liberis primi gradus, hoc est, nepotes & deinceps per virilem sexum descendentes filiis quoad utriusque juris effectum; ac proinde quemadmodum filii sui, ita & sui nepotes deinceps vel instituendi sunt vel nominatim exheredandi; & isque præteritis aut non nominatim exhereditatis perinde testamentum ipso jure nullum erit, ac si filius qui in potestate est præteritus aut non nominatim exhereditatus esset; cessatque jus veteris accrescendi quod manente testamento nepotibus quoque suis præteritis dabatur. d. *pr. hujus tit.* & prætor etiam generali tantum clausula exhereditatos tamquam præteritis nunc agnoscit. Deinde ut filio emancipato non instituto neque nominatim exhereditato prætor datur bonorum possessionem contra tabulas, ita

& natis ex eo, qua pater eos non præcedit, per l. 3. in *pr.* & §. 3. cont. tabb.

3. Tertio tollitur differentia inter natos & postumos, & simul quæ in sexu quoque erat inter ipsos postumos; jubenturque & filie postumæ & nepes ex filio institui aut nominatim exheredari, perinde ut liberi jam nati & postumi masculi; idemque jus datur filiabus & nepibus postumis præteritis vel non specialiter exhereditatis quod postumi masculi habent, scilicet ut agnascendo testamentum rumpant, etiamsi legatum acceperint: quod secus erat jure veteri, §. 1. sup. hoc tit. quo jure cum nec prætor bonorum possessionem contra tabulas daret, d. l. 8. cont. tabb. necessaria hoc casu erat postumis feminis quærela inofficiosi testamenti, §. 2. Inst. inf. de inoff. test. nunc autem & jure civili tamquam præterite rumpunt, & à prætore non negliguntur. Atque hæc esse hujus loci sententiam, cum sequentia demonstrant, tum apertissime d. l. ult. ver. sancimus, & seq. C. hoc tit.

4. *Ut omnes sive sui sive emancipati sint &c.* Hallucinat Barth. in *anob. ex causa C. hoc tit.* & cum eo fere Interpretes vetustiores, qui teste Curtio Jun. in *d. aut. n. 43.* & Jul. Claro, *testamentum quest. 42. n. 2.* tolli quoque hoc loco putant differentiam liberorum suorum & emancipatorum. Palam enim est his verbis, ut omnes sive sui sive emancipati eundem habeant effectum quem filii sui vel emancipati habent, non comparari emancipatos cum suis; sed cum filiis suis ceteros suos liberos, cum filiis emancipatis ceteros emancipatos eorumque masculorum liberos, cum sexu virili sexum femineum, cum gradu primo gradus inferiores; ac proinde non hoc velle Justinianum, ut emancipati sublata necessitate auxilii prætorii redigantur ad conditionem filiorum suorum; verum ut filie, nepotes, & deinceps per virilem sexum descendentes, redigantur ad conditionem filiorum, sui & suæ ad suorum & jus quod illi habent jure civili; alii aliarum ad emancipatorum & jus quod illi habent jure prætorio: ut sui suæ præteriti præteritæve aut nominatim non exhereditati exhereditatæve, adinstar filii sui testamentum ipso jure evertant; alii aliarum adinstar filii emancipati per contra tabulas bonorum possessionem stare hoc non patiantur. Quibus fere verbis ipse Justinianus utitur in *d. sua constitutio, ver. sancimus.* Thalesius ad l. 1. §. 2. C. *comm. de man. libi, in aliis pene omnibus nulla est inter liberos discretio.* Καλῶς ἔπει, τὴ

ἐξῆδδ, ἐπὸδδ, οἱ μὲν ἄνευθερίν γὰρ μὲν, ἀφανίζου, κατὰ τὸν δῆμοσίου, ἢ δὲ ἔξουσι. (Optime dixit fere: quandoquidem in potestate reventi si præteritæve omnino evertunt testamentum; emancipati vero, contra tabulas hereditatem obtinent.) Nihil pro Bart. facit, quod Justinianum impulit ad novi juris constitutionem, simplex & æquale liberorum jus in successione ab intestato. Immo contra. Nam ut in causa intestati lex XII. tabb. non distinguebat sexum & gradum in suis, prætor non distinguebat in emancipatis: ita nunc similiter in causa testamenti eandem vult servari simpliciter, jure civili in suis, jure honorario in emancipatis. Igitur nec in successione ab intestato par conditio emancipatorum & suorum fuit, nec par hic facta est à Justiniano; & alioqui sequeretur nepotem ex filio emancipato in potestate reventum post constitutionem Justiniani non potuisse amplius succedere in locum patris sui, & jura suorum heredum nasci in familia avi, nec ab avo prætorium rumpere testamentum: quæ omnia perspicue falsa esse constat. Et demum longo tempore post in successione ab intestato Justinianum emancipatos suis exequasse apparet ex *Nov. 118. c. 1.* quo tamen exequatio sic recte accepta est, ut nihil amplius tribuat emancipatis, quam ut jure civili hereditatem capere possit circa beneficium prætoris: non ut ipso jure, ut sui, heredes existant; sed ut fiant heredes hereditatem adeundo, sicut extranei; nec tamen hoc trahendum esse ad successorem testamentariam inde colligo, quod testamentum ipso jure evertere majus aliquid sit quam ut non suis heredibus præteritis concedi debeat.

5. *Circa adoptivos certam indiximus divisionem* l. *pen. C. de adopt.* Cujus sententia refertur §. 2. Inst. sup. de adopt. & iterum plenius §. 14. inf. de her. quæ ab intest. Quid, quamobrem hic Imperator constituit tribus verbis indicabo. Olim qui à patre naturali in adoptionem dabantur transibat sine ulla distinctione in familiam & potestatem patris adoptivi; unde quædam constabat adoptio, pro extraneis erant patris naturali, in tantum ut nec à prætore jure liberorum censerentur, sed cognatorum dumtaxat. Emancipati autem à patre adoptivo recipiebant jus naturale liberorum, quod beneficium prætoris habent emancipati à patre naturali, dum in eo statu manent; ceterum hoc ita, si vivo aduæ patre naturali emancipati erant, non si post mortem ejus; ne legitimis aut scriptis heredibus

semel delata aut quaesita hereditas auferretur, §. 10. *Inst. inf. de ber. ab int.* Unde cum fieri posset ut hic filius utriusque patris hereditate excederet: patris naturalis quod eo moriente adhuc esset in familia adoptiva; & simul etiam patris adoptivi si postea emanciparetur: huic incommodo à Justiniano occursum est, cautumque ne liberi à patre naturali in adoptionem dati jus successiois aliudve jus ullum in familia ejus amittant, neve transcant in potestatem patris adoptivi, extra quam si avus nepotem ex filio emancipato in adoptionem acceperit. Hoc constituto jam per se intelligitur, ei qui extraneum adoptaverit nullam necessitatem imponi hunc vel instituentium vel exheredandi, sive jus civile sive praetorium cons deres, sive etiam extraordinarium remedium querele inofficiosi, sed patri naturali in cuius potestate manet; qui autem nepotem adoptat, eum debere hunc instituire vel nominatim exheredare, perinde ut anteaque juris erat in omnibus adoptivis; & denique hunc nepotem patri suo naturali interrim pro extraneo esse, §. *prae.*

TEXTUS.

De testamento militis.

6. *Sed si in expeditione occupatus miles testamentum faciat, & liberos suos jam natos vel postumum nominatim non exheredaverit, sed silentio praeteritis non ignorans an habeat liberos, silentium ejus pro exheredatione nominatim facta valere, constitutionibus Principum tantum est.*

NOTA.

6. *Constitutionibus Principum*] Gordiani in l. 9. & Philippi in l. 10. *C. de test. mil.*

COMMENTARIUS.

1. *An testamentum militis subjacet querele inofficiosi.*

Militibus jure militari testantibus non solum remissa sunt solemnitates illae externae; numeri testium, rogationis, obsignationis, subscriptionis, contextus, quas civis omnes jure communi testamentum facientes observare tenentur; sed etiam intrinseca haec quae ad parentes testantes pertinet, liberorum scilicet vel institutio vel exheredatio; placetque praeteritionem militis, dum non ignoret se liberos habere aut uxorem

praequantem esse, obtinere vim exheredationis, l. 9. & 10. *C. de test. mil.* ad quem effectum respiciens Ulp. dixit, militem silentio exheredare, l. 12. *de bon. liberti.* Ait, in expeditione occupatus. Igitur extra & citra expeditionis necessitatem si miles testamentum faciat, quia id juxta regulas juris communis ordinare debet, praeteritio ejus pro exheredatione non erit, neque civili jure neque praetorio. Non obstat, quod scripsum est l. 9. *C. de inoff. test.* filios queri non posse de inofficioso testamento militis vel jure militari vel civili facto. Nam ut de inofficioso agi possit, necesse est ut testamentum recte factum sit & jure subsistat; at testamentum jure communi factum non subsistit in quo liberi praeteriti sunt; aut si de emancipatis queratur, necesse est ut praetor eos non agnoscat; si de postumis, ut nati non rumpant, §. 2. *inf. de inoff. test.*

Non ignorans an habeat liberos] Quod militis praeteritio pro exheredatione habetur voluntati ejus tributum est, quae sola testamentum sustinet & pro jure servatur, l. 1. *ff. de test. mil.* l. 1. *C. cod.* Ut autem voluntas exheredandi obscura non est ubi quis scit se habere liberos sique silentio praeteritis alios heredes instituit; ita contra deesse illa voluntas intelligitur, ubi cum id nesciret, forte quod falso rumore perlatum esset eos in rebus humanis esse decessisse, alios scripsit. Quod ex communi parentum omnium erga liberos affectu sumitur, quasi quod omnino credendum est, si scrivisset se habere liberos eos ipsos non alios sibi heredes scripturus fuisset, d. l. 9. & l. 109. *C. cod. tit. l. 33. §. 2. ff. cod.* Quapropter pro diversitate liberorum per ignorantiam à milite praeteritorum aut testamentum hoc nullum dici poterit, aut rescindatur re-edio praetorio, aut rumpatur agnatione; & in tantum, ut nec legata ex eo praestanda sint, l. 36. §. 2. *de test. mil.*

1. *Pro exheredatione nominatim facta*] Perquirat ergo nec liberos suos scianter à patre milite praeteritos testamentum posse nullum possessionem contra tabulas, nec postumum praeteritum agnascendo rumpere. An ne igitur saltem querele inofficiosi dabitur, quod unum est exheredatis peragium? Nequaquam, l. 27. §. 2. *ff. de inoff. test.* l. 9. l. 24. *luis. C. cod.* Plane legitimam eos petere posse per conditionem ex lege, arg. *autb. Presbyteri G. de Episc. & Cler.* Glossa & Cyn. in d. l. 9. *tradiderunt.* Hoc autem totum jus cum sit singu-

gu-

gulare & militum dumtaxat ex privilegio, nulla ratio est quomobrem cum Claro §. *testamentum quat.* 40. n. 6. Grass. §. *testamentum quat.* 7. n. 3. & Interpp. vulgo dicamus id sublatum esse Nov. 115. c. 3. generalique constitutione etiam milites & militaria testamenta contineri, hoc est, eos etiam jure militari testantes redigi ad conditionem paganorum quantum pertinet ad necessitatem institutionis & exheredationis liberorum. Quod etiam D. Vigilius hic post Lud. Roman. in d. l. 9. observavit, & tandem re diligenter inspecta probat D. Tulden. in *Cod. de test. milit.* n. 6. item D. Perez *ibid.* n. 12. add. Vasq. *lib. 3. de succ. creat.* §. 24. n. 51.

TEXTUS.

De testamento matris aut avi materni.

7. *Mater vel avus maternus necesse non habent liberos suos aut heredes instituere aut exheredare, sed possunt eos silentio omittere; nam silentium matris aut avi materni & ceterorum per matrem ascendentium tantum facit quantum exheredatio patris. Neque enim matri filium filiamque, neque avo materno nepotem nepotemve ex filia, si eum tantum heredem non instituat, exheredare necesse est, sive de jure civili queramus sive de edicto praetoris, quo praetor praeteritis liberos contra tabulas bonorum possessionem promittit; sed aliud eis adminiculum servatur quod paulo post vobis manifestum fiet.*

COMMENTARIUS.

1. *Quod matris praeteritio vim exheredationis habeat, id facere conditionem liberorum.*
2. *Propter eandem conditionem praeteritis à matre jus antiquum scriptis accrescendi non habuit.*
3. *Explicatur locus Pauli l. 4. §. 2. cont. tabb.*
4. *Quandam sit illud adminiculum cuius in calce hujus text. fit mentio.*

1. *Quod militis praeteritio vim exheredationis habet ex privilegio est; quod matris & avi materni facit liberorum conditio, qui matri & avo materno jure civili pro extraneis sunt, §. 3. Inst. inf. de ber. qual.* Nimirum lex civilis, quae magis familiarum conservationem spectavit quam naturam, non eodem modo mater-

Tom. I.

na bona liberis addicit ut paterna; non sic ut filius maternae quoque dotis, viva adhuc ea, dominus quodammodo existat, uti bonorum patris est. Quapropter si ea aliam heredem instituat filio praeterito, nullam quod ad eam legem attinet injuriam filio facit: cum suum ei non adimat; & ideo frustra etiam requiritur exheredatio; immo nec proprie dici possit filium exheredare, cum exheredare sit suam filio hereditatem adimere: siquidem ubi non est habitus ibi non potest esse privatio. Igitur quia mater suos heredes non habet & nepotes ex filia non sunt sui heredes avo, ideo silentium matris & avi materni tantum facit quantum exheredatio patris; & hoc etiam ignoraverint se liberos habere, contra quam in milite praetereunte jus est, l. 27. §. ult. & l. 28. *de inoff. test. sic.* huc l. 4. §. 2. *de bon. post. cont. tabb.* l. 13. *de suis & legit. ber.*

2. *Sive de jure civili*] Quia, ut diximus, non sunt sui heredes, hoc est non tales qui vivo adhuc parente jus aliquod habeant quod post mortem illius in iis continetur, nisi expresse exheredes esse jussi sint, l. 12. *hoc tit.* Quomobrem nec ad jus civile antiquum pertinent, quo solus filius suos praeteritis testamentum infirmabat, ceteri liberi, sed sui item dumtaxat, praeteriti portionem scriptis heredibus accrescendo auferbant, *sup. pr. huj. tit.* nec ad jus novum, quo omnes quidem liberi sui, sed soli praeteriti, sive quod nunc idem valet, non nominatim exheredati, nullum dicunt aut rumpunt §. 5. *sup. cod.*

Sive de edicto praetoris] Paulus l. 4. §. 2. *cont. tabb.* scribit, edictum contra tabulas bonorum possessionis non pertinere ad testamentum feminarum, addita haec ratione, quia feminae suos heredes non habent: quae tamen ratio videri potest non esse sufficiens; non enim ad suos tantum heredes, sed etiam ad emancipatos, quos constat suos heredes non esse, & vel maxime id edictum pertinere; utpote quorum causa principaliter comparatum est, §. 3. *sup. cod.*

3. *Verum amplius quid significare Paulus voluit, nempe edictum istud non pertinere ad eos liberos non suos qui & numquam sui fuerunt: matrem autem ut suos heredes non habet, ita nec posse desinere habere: quod idcirco etiam à Gajo expressum videtur, l. 13. *de suis & legit. ber.* Nimirum praetor quo minimum à ratione juris civilis recederet, eorum dumtaxat qui ex masculis progeniti essent rationem habuit; & jus suavitatis quod emancipatis abstulerat capitis*

Ece

di-

diminutio, rescissa ea restituit l. 6. §. 1. de bon. poss. Atque ita jus à se introductum specie quadam suitatis coloravit, eujusmodi colore tegere ex feminis natos non potuit.

4. *Aliud eis adminiculum servatur*] Potuisset totidem verbis adminiculum tud indicare. Intelligit autem querelam inofficiosi testamenti quod remedium cum initio tantum competere liberis, qui eo quod à patre exhereditati essent neque civili jure neque prætorio testamentum turbare poterant, l. 8. *impr. cont. tabb.* postquam ex senatusconsulto Orficiano etiam matris successio liberis delata est, datum quoque est exhereditatis, sive, quod hic eandem vim habet, præteritis à matre, suadente id eadem pietatis ratione. Agitur de hoc remedio *infra tit. 18. huj. lib. quo loco simul discimus, id etiam parentibus inique exhereditatis vel præteritis, nonnumquam*

& fratribus dari. Cetera quoque in eundem locum examinanda rejicimus quæ ab Interpretibus disputari solent: veluti an adhuc post *Nov. 115. cap. 3.* præteritio matris & per matrem ascendentium pro exheredatione sit: an liberis à patre præteritis testamentum adhuc sit irritum tam quod ad legata & ceteros articulos, quam quod ad institutionem: an formæ exheredationis aliquid adjectum, quo non observato testamentum quod jure veteri substitisset nunc sic nullum, alique ex eodem fonte manantia. VINN. Hodie mater & avus maternus tenentur liberos nominatim heredes instituire vel exheredare: præteritis testamentum nullum est, ut ex l. 1. tit. 8. *Part. 6.* deditur Gregor. Lopez in gloss. 9. ad d. l. Vid. quæ nos de tota exheredationis materia inferius dicemus *tit. de inoff. testam. ADDIT.*

TITULUS XIV.

DE HEREDIBUS INSTITUENDIS.

Dig. lib. 28. tit. 5. Cod. lib. 6. tit. 24. Et Part. 6. tit. 3. Recop. lib. 5. tit. 6.

Ratio dispositionis, & argumentum tituli.

DISCUM hactenus de iis rebus quas parentes cavere debent & testamento suo completi si id justum ratumque esse velint: sequitur nunc ipsum testamenti formale, heredis scilicet institutio. Ea caput & fundamentum testamenti esse dicitur, §. 14. *Instr. inf. de legat.* propterea quod sine ea testamentum consistere non potest. Dicitur & testamentum ex ea sola robur ac firmitatem capere, quia ad vim testamenti nihil aliud requiritur quam ut quis heres instituitur sit: utique extra necessitatem instituenti aut exheredandi certas personas. Inde dictum, eum qui neque legaturus quid est, neque quemquam exhereditatus, posse tribus verbis testamentum facere, ut dicat, *Lucius heres esto, l. 1. §. 1. hoc tit.* Heredem instituire est, scribere vel nuncupare testamento quem tibi velis bonorum & universi juris successorem esse. Quibus verbis institutio fiat parum refert modo per ea liqueat voluntatis intentio, l. 1. §. 1. *de testam.* quo loco Constantinus abrogat differentiam quam faciebat Antiquitas inter verba directa & indirecta, auctore Ulpian. in *fragm. tit. 21. Titu-*

lus hic noster tres partes continet, quarum in prima agitur de iis qui heredes institui possunt: in altera de quota hereditatis quam vel unus vel plures institui habere debeant ex ratione juris aut voluntate defuncti: in tertia de forma seu modo instituenti, atque iis que institutioni bene aut perperam adjiciuntur.

TEXTUS.

Qui possunt heredes institui.

Heredes instituire permittitur est tam liberos homines quam servos, & tam proprios quam alienos. Proprios autem aliter quidem secundum plurimum sententias non aliter quam cum libertate recte instituire licebat. Hodie vero etiam sine libertate ex nostra constitutione eos heredes instituire permittitur est. Quod non per innovationem induximus, sed quoniam æquius erat, & Atilicino placuisse Paulus suis libris, quos tam ad Maurium Sabinum quam ad Plautium scriptis, refert. Proprius autem servus etiam si intelligitur in quo nudam proprietatem testator habet, alio usufructum habente. Est

DE HEREDIBUS INSTITUENDIS.

tamen casus in quo nec cum libertate utiliter servus à domina heres instituitur, ut constitutione Diocletiani Severi & Antonini cavetur, cujus verba hæc sunt: Servum adulterio maculat non sive testamento manumissum ante sententiam ab ea muliere videri que rea fuerat ejusdem criminis postulata, rationis est. Quare sequitur, ut in eundem à domina collata heredis institutio nullius momenti habeatur. Alienus servus etiam si intelligitur in quo usufructum testator habet.

LL. 2. & 3. tit. 3. Part. 6.

COMMENTARIUS.

- 1 *Qui olim & in quantum hereditatem capere non poterint.*
- 2 *Qui & in quantum hodie heredes institui poterunt.*
- 3 *Institutionem servi alieni sustinere ex personâ dominis proprii ex consequentia libertatis.*
- 4 *Quid juris in servo communi ab uno è dominis herede instituto.*
- 5 *Quid in instituto à domino nudæ proprietatis.*
- 6 *Quam rationem habeat casus specialis hic relatus.*
- 7 *Quid si servus heres institutus sit à usufructuario.*

1. *TAM* liberos homines quam servos] *ἑταυρολογία*; nam dicendum potius erat *tam servos quam liberos*, hoc est, non minus servos quam liberos, quomodo hoc expressit Gajus l. 31. *hoc tit.* quoniam de liberis res certior. De liberis autem hominibus nihil amplius hic traditur quam quod heredes institui possunt. Et an ergo possunt omnes promiscue & sine exceptione? Nequaquam. Nam primum illi soli ex hominibus liberis institui possunt qui sunt cives Romani; peregrini non possunt, sive semper tales fuerint, sive per sententiæ severitatem ad peregrinitatem redacti sint, l. 6. §. 2. *ff. hoc tit. l. 1. C. cod. fac. l. 17. §. 2. de pæn.* Peregrinorum numero erant & deducti: erat & Latinus Junianus, qui de libertis institui poterat, nisi quod hic capere heredes civis Romanus factus esset, Ulp. in *fragm. tit. 21. §. 1. & 2.* Ceterum Justinianus differentiam libertinitatis sustulit data libertinis omnibus civitate, §. ult. *Instr. sup. de libert.* Sed nec qui cives sunt omnes institui aut olim poterant aut nunc possunt. Lege Voconia cautum erat, ne qui census essent virginitatem, neve mulierem supra quadrantem suo-

rum bonorum heredes institueret. Cic. *Verrin. 3. de præf. urb. & in orat. pro Balb. Dio lib. 56. Gell. lib. 20. cap. 1.* Lege Julia de maritandis ordinibus vetabantur coelibes, nisi qui genere essent proximi, quidquam ex testamento civis Romani capere, Ulpian. d. *tit. §. 2.* ita tamen nisi intra centum dies legi parerent, hoc est, matrimonium contraherent, idem Ulp. in *fragm. tit. 17.* Eadem lege vetabantur orbi suis capere ab extraneo quam dimidiam partem eorum que relicta erant: pars altera fiebat caduca, id est, fisco cedebat. Lege decimaria non amplius conjugi ex conjugis testamento capere licebat quam relictorum partem decimam, idem Ulpian. *tit. 15. & seq.* Hinc natae cautiones illæ de instituentis in tempus capiendæ hereditatis iis qui vel omnino quidquam, vel solidum ex testamento capere legibus istis prohibebantur. Vid. l. 62. l. 78. §. ult. *hoc tit. l. 42. l. 55. §. 1. de legat. 2. l. 6. l. 11. de vulg. & pup. subtr. l. 16. §. 15. ad senat. Trib. l. 11. §. ult. de jur. fic. cum similib. que nisi hinc lucem accipiant intelligi non possunt. Postea pœnæ coelibatus orbitatis & legis decimariæ sublatae sunt, ll. 1. & 2. C. de *infirm. pæn. coelib.**

2. Qui autem incestis nuptiis sese polluerunt, illi nec hodie aut se mutuo aut propudiosam sobolem instituire possunt, l. 6. C. de *incest. nupt.* nec mulier adulterum suum, aut hic illam, ll. 13. & 14. de *his que ut indign.* Add. D. Christin. vol. 1. *deci. 200.* Liberi naturales ex concubina nati, qui olim non minus quam ceteri cives non ab extraneo tantum sed etiam à patre idque in solidum heredes institui poterant, l. 45. de *vulg. & pup. l. 16. §. 1. de his que ut indign. l. ult. de jur. delib. (vid. Palæot. de notb. purit. fl. cap. 35. & seq. & contrâ sententias Alciat. 4. *parerg. 5.* Antoon. *Fab. juris. tit. 9. pr. 2. ill. 1.*) ex constitucione Justiniani Novi. 89. cap. 12. unde auct. licet C. de *nat. liber.* unicum tantum unicum ex patris testamento capere possunt si superstites sint liberi legitimi, octo uncias si soli superstites testatori parentis. Qua in re mitior Justinianus erga liberos naturales fuit quam Constantinus, l. 1. C. de *nat. lib.* ut etiam Arcadius & Honorius, l. 2. C. *cod. Vid. Grass. §. institutio quæst. 7. Palæot. d. loc.* Constitutione Leonis & Anthemii vetatur conjux conjugi secundo plus relinqueri quam uni ex liberis prioris matrimonii, & quidem qui minimum relinquit, l. 6. C. de *sec. nupt.* Por-*